

En la Villa de Madrid, a veinte de julio de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el número 1745/2009 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Jerónimo y D. Amador, aquí representados por el procurador D. Javier Vázquez Hernández, contra la sentencia de fecha 21 de enero de 2009, dictada en grado de apelación, rollo numero 467/2008, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25.ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario número 672/2006, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida la procuradora Dª Virginia Aragón Segura, en nombre y representación de Dª Teresa. Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid dictó sentencia de 31 de enero de 2008 en el juicio ordinario número 672/2006, cuyo fallo dice:

“Fallo. Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Aragón Segura en nombre y representación de Dª Teresa frente a Multiediciones Universales, S.L., D. Amador, D. Jerónimo representados por el procurador Sr. Vázquez Hernández Audiovisual Española 2000, S.A., D. José, representados ambos por la procuradora Sra. Cardenal Pombo y siendo parte el Ministerio Fiscal, debo:

- 1.- Declarar y declaro que los demandados Multiediciones Universales S.L., D. Amador y D. Jerónimo en su calidad de Cargo001 y Cargo000 de las revistas “Maxim” y ¡Qué Me Dices! han vulnerado los derechos fundamentales a la propia imagen y al honor de la actora, por el montaje fotográfico publicado en las señaladas revistas y que es objeto del procedimiento, con apercibimiento a los demandados señalados de la imposibilidad de reincidencia sobre estos hechos.
- 2.- Condenar y condeno a los demandados mencionados con anterioridad a publicar a su costa el Fallo de la sentencia firme pronunciada, con idéntico tratamiento, iguales caracteres y relevancia tipográficos que los dados al fotomontaje objeto del procedimiento en cada una de las revistas.
- 3.- Condenar y condeno a los mencionados demandados a abonar a la actora la suma de 100.000 euros.
- 4.- Absolver y absuelvo a Audiovisual Española 2000, S.A., y a D. José, Cargo001 y Cargo000 respectivamente del periódico La Razón de las peticiones formuladas en su contra.
- 5.- Condenar y condeno a los demandados condenados a abonar las costas procesales causadas, salvo las derivadas de la intervención procesal de los demandados absueltos que serán de cargo de la actora.”

SEGUNDO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

“Primero.- En el presente procedimiento la parte actora ejercita acción de protección del honor y propia imagen, al considerar que por los demandados se ha producido una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales, y que es pretensión que encontró la oposición de los demandados, alegando, en esencia, que no ha existido vulneración de derechos fundamentales, ya que en las distintas publicaciones, o bien se señalaba que era una fotocomposición, al hacer constar que era falso o similares, o bien se consignaba en el texto que era un fotomontaje, o se reproducía la imagen ya publicada con anterioridad, y además que en la revista ¡Qué Me Dices! del número siguiente, se pidieron disculpas públicas a la actora, señalando Audiovisual Española 2000 S.A. y D. José en su calidad de Cargo001 y Cargo000, respectivamente, del periódico La Razón, que ellos distribuyeron conjuntamente con el periódico un número especial de la revista QMD, sin que tuvieran intervención o poder de decisión respecto de su contenido.

“Segundo.- Son hechos de los que debe partirse para la debida resolución del procedimiento que en el número 23 de la revista “Maxim” del mes de marzo de 2006 se publicó en la página 144 y bajo el título “Felices Sueños” el siguiente encabezamiento: Teresa, la política, al desnudo, debajo, con letras de menor tamaño la siguiente frase:

“En Maxim reclamamos que en la cosa pública todo esté bien a la vista. Luz y taquígrafos, señores” y a la derecha, en un círculo rojo se consigna de forma repetida “100% falso” y en su interior la frase “ya te gustaría a ti” y debajo, ocupando prácticamente toda la página una fotocomposición en la que se une a la cabeza de la actora un cuerpo, hasta mitad de la zona de los muslos, de una modelo desconocida únicamente cubierto por una braga levemente bajada con las manos para enseñar un tatuaje dispuesto en esa zona con las iniciales ZP, encontrándose el pecho parcialmente cubierto por la melena que cae sobre él, y al lado se recoge el siguiente texto:

“Esta madrileña de Málaga soñaba con ser Cargo002 de Madrid. Lo intentó como candidata del PSOE en 2003, pero no pudo con Anselmo. Quizá el fracaso de Teresa se debió a aquellos carteles electorales en los que posaba sonriente y en chupa de cuero y que tan poco gustaron a sus asesores de imagen por dar una imagen demasiado cañera. Las mentes pensantes de los socialistas decidieron que era mejor que saliera con chaqueta vaquera. Y perdió, claro. Si nos llegan a preguntar a nosotros hubiéramos apostado por una imagen tan fresca como la que aquí mostramos, pero, claro, no nos preguntaron. Teresa, para otra vez, ya sabes”.

“En la revista ¡Qué Me Dices! de 4-3-2006 se publica la misma fotocomposición junto al sumario, en la página núm. 3, sobreponiendo en la parte inferior y en tamaño pequeño la portada de la revista Maxim y acompañando el siguiente texto, bajo el título “Teresa, al descubierto”: Dado el interés que despierta esta imagen -un fotomontaje- reproducimos el texto que la acompaña en la revista Maxim:

“Esta madrileña de Málaga soñaba con ser Cargo002 de Madrid. Lo intentó como candidata del PSOE en 2003, pero no pudo con Anselmo. Quizá el fracaso de Teresa se debió a aquellos carteles electorales en los que posaba sonriente y en chupa de cuero y que tan poco gustaron a sus asesores de imagen por dar una imagen demasiado cañera. (Texto íntegro en el número de marzo de Maxim)”.

“El periódico La Razón distribuyó el día 4-3-06, una edición especial de la revista ¡Qué Me Dices!, en la que también en su página 3 y junto al sumario se incluye la citada fotocomposición de la actora, siendo idéntico el texto, si bien se suprime que se trate de un fotomontaje.

“El día 11-3-2006, la revista ¡Qué Me Dices!, en la página 3 y junto al sumario, publicó una fotografía de la actora y debajo de ella el siguiente texto:

“Teresa, al desnudo: El fotomontaje que publicamos la semana pasada (recogido de la revista Maxim) en esta misma página, de la cabeza de Teresa y el cuerpo de una modelo desconocida, fue aceptado por nuestras lectoras como una chirigota de carnaval, tal como era nuestra intención. Sin embargo, la concejala socialista del Ayuntamiento de Madrid nos ha manifestado haberse sentido ofendida, por lo que le presentamos desde aquí nuestras más sinceras disculpas”.

“Tercero.- El derecho a la propia imagen es un derecho fundamental garantizado por el art. 18.1 CE, habiendo conceptualizado el Tribunal Supremo la imagen como la representación gráfica de la figura humana y definido el derecho como la facultad exclusiva del interesado a difundirla o publicarla y a evitar su reproducción, si bien, aunque el derecho protege la figura humana no es preciso que se corresponda con la imagen exacta, y por eso también se incluyen las caricaturas u otras formas adaptadas a las nuevas tecnologías, bien a través de la fotografía o de aplicaciones informáticas, como establece la STS 7-3-06.

“Pues bien, en el presente procedimiento, la fotocomposición publicada debe considerarse vulneradora del derecho fundamental de la actora a la propia imagen puesto que se ha difundido, sin su consentimiento, una representación física de su imagen reconocible, y atribuible a ella (al ser su propio rostro), y si bien es cierto que el cuerpo que aparece semidesnudo no es el suyo, la unión de ambos, al no existir deformación o distorsión, posibilita que pueda considerarse que se trata de su figura, ya que incluso se ha logrado que la caída del cabello de la actora cubra el pecho con naturalidad, y por lo anterior, concurren los requisitos para considerar que existe intromisión ilegítima al amparo de lo establecido en el art. 7.5 y 7.6 de la LO 1/82 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, al reproducirse la imagen “aparente” de la actora, semidesnuda, sin su consentimiento, y sin que la publicación se encuentre protegida por lo establecido en el art. 8.2 de la mencionada ley, ya que aunque la actora ejerce un cargo público, la imagen difundida no ha sido captada en actos o lugares públicos, y además, no puede estimarse que tenga la consideración de una caricatura acorde con el uso social, pues aunque ciertamente, tal y como alega la parte demandada, en los tiempos actuales la

utilización de técnicas avanzadas de fotografía o informática han posibilitado la generalización de los llamados fotomontajes, no puede desconocerse que en este caso ni la cara ni el cuerpo publicados se encuentran deformados o distorsionados, de tal forma que puede considerarse por los terceros a los que van dirigidas las diversas publicaciones o que tienen acceso a ellas, que es la imagen de la actora, y, el uso social no posibilita que se realicen composiciones falsas de figuras humanas atribuibles a persona concreta, vulnerando uno de los aspectos de la privacidad que las personas reservan quizá en mayor medida a su poder de decisión, cual es la difusión pública de su desnudez total o parcial, y por tanto, encontrándose dentro del ámbito delimitado por el art. 2 de la LO 1/82 de 5 de mayo, al no ser comparable, sin necesidad de mayores comentarios, la circunstancia acreditada, de que la actora haya concedido entrevistas sobre distintos temas no siempre dentro del estricto comentario o análisis político o que se hayan publicado fotografías de ella en diversos actos, con el hecho de publicar una fotocomposición de su imagen semidesnuda sin su consentimiento, la intromisión ilegítima debe considerarse producida.

“Cuarto.- La anterior conclusión no se desvirtúa por las alegaciones realizadas por la parte demandada, ya que en primer lugar, y aunque es cierto, tal y como antes se ha puesto de relieve, que en la revista “Maxim” aparecía a la derecha de la imagen un círculo rojo en el que se hacía constar de forma repetida “100% falso” y dentro del mismo la expresión “ya te gustaría a ti”, encabezándose la página con “felices sueños”, estas circunstancias no impiden que la vulneración del derecho se considere producida, puesto que esas frases o indicaciones no aclaran de forma rotunda a los terceros con acceso a las publicaciones de las demandadas, como es exigible, que la imagen semidesnuda que aparece en ellas no sea la de la actora, ya que la falsedad que se expresa con el “100% falso” también puede referirse al texto que acompaña a la imagen y los “felices sueños” o la frase “ya te gustaría a ti” puede interpretarse también en el sentido de ir dirigida a los lectores, lo que implica que no pueda estimarse que el público que tuvo acceso a la publicación fuese consciente en todo momento de que el cuerpo semidesnudo que en la imagen aparecía no fuera el de la actora. Pero es que además, aun cuando se hubiera hecho constar claramente que se trataba de una fotocomposición o fotomontaje y que únicamente pertenecía a la actora el rostro, lo cierto es, que en casos como el presente en que ni la cara ni el cuerpo aparecen distorsionados o deformados, la vulneración del derecho se considera continúa existiendo, puesto que el contenido de las revistas puede ser “visto” por muchas personas y no conocido íntegramente por todas ellas, ya que pueden ser “hojeadas” por multitud de personas, que necesariamente ven la imagen (atendiendo a que es a página casi completa) y no siempre leerán lo que en la propia página se establece, incluso, la fotografía puede ser vista desde lejos, en los puntos de venta antes de decidir sobre la adquisición de alguna de ellas etc., y, lógicamente la vulneración del derecho se produce porque muchas de estas personas consideraran que la actora ha consentido que se publique su imagen semidesnuda, cuando, ni es su cuerpo, ni ha existido el necesario consentimiento.

“Lo anterior sirve para desvirtuar la ausencia de intromisión ilegítima que se alega por la Cargo001 y Cargo000 de la revista ¡Qué Me Dices!, puesto que aunque en uno de

los números se hiciera constar que se trataba de un fotomontaje (en el otro se suprimió), lo cierto es, que, se insiste, es muy fácil apreciar la fotografía de la actora por su tamaño, colorido y ubicación en la revista (primera página después de la portada) y sin embargo, no todas las personas con acceso a la revista leerán el texto que lo acompaña, e incluso, la expresión “fotomontaje” utilizada, tampoco se considera totalmente clarificadora para dejar constancia que el cuerpo semidesnudo que aparece no es el de la actora, ya que también podría referirse al tatuaje que se muestra.

“Se señala también por la Cargo001 y Cargo000 de la revista “Maxim” que todos los meses publican en la misma página y en iguales circunstancias una fotocomposición de un personaje público o popular, desnuda o semidesnuda, y que por tanto los lectores saben que no se trataba de la fotografía de la actora, debiendo respecto de ello insistir que no puede considerarse acreditado que el conocimiento cierto sobre la existencia y entidad del fotomontaje exista, y además, es claro que la revista o la fotografía en ella publicada puede ser vista por lectores no habituales tal y como antes se señaló, y en cuanto a que se incluyó en la sección de humor gráfico, haciéndose eco la revista ¡Qué Me Dices! por ser época de carnaval, únicamente reiterar que al faltar la distorsión del cuerpo o de la cara y poder por tanto ser atribuible como imagen real de la actora se hace difícil estimar que se considerara por el público que tuvo acceso a las revistas como una caricatura o fotomontaje, y además, en la última revista señalada únicamente se hace constar que se reproduce la imagen “dado el interés que despierta...”, lo que dista mucho de sugerir que la publicación se realice para celebrar carnaval, debiendo significar que aunque se afirme que es claro que el cuerpo que figura en la fotocomposición no es el de la actora, lo cierto es, que dada la unión perfecta entre cuerpo y cara, y no pudiendo estimar que los lectores conozcan exactamente el físico de la actora, o que cada persona que tiene acceso a la noticia se detenga a valorar si se trata de una fotografía real, la alegación tampoco puede servir para desvirtuar la existencia de intromisión ilegítima que se ha declarado.

“Quinto.- En cuanto a la prevalencia de la libertad de expresión en su colisión, en este caso, con el derecho a la propia imagen, únicamente decir que la expresión pública de opiniones o críticas, debe basarse en el absoluto respeto a la persona, sin que pueda prevalecer este derecho cuando el fotomontaje únicamente integra una falsedad de la imagen real de la actora, semidesnuda, sin su consentimiento, y sin que pueda calificarse de expresión de arte gráfico humorístico, y tampoco de caricatura adaptada a los usos sociales, según se expuso con anterioridad, y en cuanto a que a la revista ¡Qué Me Dices! debe serle aplicada la doctrina del reportaje neutral, solo señalar, que en este supuesto no se trata de un “hecho noticiable” que se transcribe de otro medio, como es exigible, según señala, por todas la STC de 13-9-04, es decir, no existe conflicto entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la información que reconoce el art. 20 CE, siendo la fotocomposición en sí lo que nuevamente se difunde, es decir, no se trata de la fotografía que ilustra una noticia y que se reproduce en la nueva publicación (STS 18-5-07), y por tanto no es aplicable la doctrina señalada y, en todo caso, teniendo en cuenta que la doctrina del reportaje neutral exige que el medio haya actuado como simple canal de difusión de lo publicado por otros, sin manipulación

alguna, en este caso tampoco concurre este requisito, pues en el número de 4-3-2006 como titular figura "Teresa, al descubierto", y se inicia el texto con la expresión:

"Dado el interés que despierta esta imagen -un fotomontaje-", lo que implica modificación de lo publicado en la revista Maxim, incluyendo una opinión (el interés que despierta la imagen) y un cambio en el título, con el que se da nuevo significado a la imagen, y en el número de la revista distribuido con el periódico La Razón, se suprime que se trata de un fotomontaje, manteniendo también las modificaciones anteriores, siendo importantes, a los efectos señalados, los cambios antes puestos de relieve, porque con esas expresiones se trata de llamar la atención sobre la importancia de la imagen y el título da cabida también a una doble interpretación que acerca más a considerar que la imagen es real de la actora, al implicar que la demandante (Teresa), no esconde nada (al estar semidesnuda en la imagen), salvo que se lea uno de los textos publicados en una de las revistas que en menor tamaño señala que se trata de un fotomontaje, y que, en todo caso, como antes se indicó, no aclara de forma rotunda, como es exigible, que el cuerpo semidesnudo que aparece, no sea el de la actora.

"Sexto.- Sabido es que los derechos de la personalidad son derechos fundamentales derivados de la dignidad humana y que el ataque al honor se desenvuelve tanto en el marco interno, de la propia persona afectada e incluso en el de su familia, como en el externo o ámbito social y profesional, suponiendo intromisión ilegítima, según establece la Ley Orgánica 1/1982 de 5 mayo, en concreto el número 7 del art. 7 reformado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, "La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra la propia estimación". Pues bien, en el presente supuesto, la fotocomposición vulnera también el derecho al honor de la actora, puesto que, tal y como se ha dicho, al no existir deformación o distorsión alguna, y ser el rostro de la actora, se produce una identificación plena de su imagen que se presenta semidesnuda, y, esto, al no ser consentido, atenta contra su honorabilidad, tanto en la esfera personal y social, como en la profesional, al ser innegable, que, como dice la STS 7-3-2006, el pudor sigue siendo un sentimiento socialmente estimable, y la imagen aparecida, teniendo en cuenta las funciones públicas que desarrolla la actora, afecta principalmente a la consideración que de ella pueden tener los demás, y esto tiene connotaciones importantes esencialmente en su profesión al tratarse de una persona que se dedica a la política y su imagen pública resulta relevante, y además, tal y como se alega, la imagen da importancia a los atributos físicos, denigrando su consideración personal y social, al desconocerse con ello su valía personal y su labor profesional, que es por lo que es conocida públicamente, y, por último, el tatuaje incorporado, ciertamente supone una insinuación atentatoria de su honor al minusvalorar su actuación profesional y presuponer relaciones o deseos íntimos distintos a la estricta relación profesional, de colaboración o amistad, que entre ambos pueda existir, debiendo únicamente añadir, que una única actuación puede vulnerar distintos derechos fundamentales, como en este caso ocurre.

“Sexto.- (Séptimo) Se hace preciso ahora concretar las personas físicas o jurídicas, que deben responder por la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y al honor de la actora, y así, en primer lugar, son responsables la Cargo001 y Cargo000 de la revista Maxim, al ser los que han difundido esa imagen aparente de la actora, y también la Cargo001 y Cargo000 de la revista ¡Qué Me Dices!, ya que de igual forma difundieron la fotocomposición objeto del procedimiento y, sin que el hecho de haber pedido disculpas públicas y privadas a la actora pueda eximirles de responsabilidad, ya que cuando como en este caso ocurre, la persona ofendida no se siente reparada, puede ejercitar las acciones que a su interés convenga, como es la presente.

“Respecto de la Cargo001 y Cargo000 del periódico La Razón, a conclusión distinta debe llegarse, puesto que aunque es cierto que se produjo mayor difusión del fotomontaje al distribuirse la revista ¡Qué Me Dices! que lo incluía junto con el mencionado periódico, pudiendo tener conocimiento de él personas que de forma habitual no son lectores de la revista, no puede desconocerse que en el procedimiento no consta probado que el Cargo000 del periódico tenga posibilidad de decisión sobre los contenidos de la revista y por tanto la responsabilidad exigible por estos hechos no puede ser atribuida a estos demandados, sin que lo establecido en el art. 65 de la Ley de Prensa pueda tener mayor alcance de lo que dispone.

“Resta concretar la indemnización adecuada para reparar el perjuicio causado, que se presume existente según dispone el art. 9 de la LO 1/1982 de 5 de mayo, y para ello debe significarse que la lesión producida se considera grave, puesto que el montaje refleja la imagen semidesnuda atribuible a la actora, y este hecho, teniendo en cuenta su profesión, usos sociales y difusión amplia que ha tenido al haber sido también distribuida la revista ¡Qué Me Dices! con el periódico La Razón, según los datos señalados por la parte actora y no impugnados de contrario, hace que deba considerarse adecuada la indemnización solicitada, proporcional a las circunstancias concurrentes y acorde con la cuantificación que para determinados casos han mantenido diversas secciones de la Audiencia Provincial de Madrid en fechas recientes, comparando la gravedad que se estima de la lesión en cada caso con el supuesto presente (SAP 20-6-06, 27-7-07, 28-5-07, entre otras) y señalar además, que el art. 9.2 posibilita que se puedan prevenir o impedir intromisiones ilegítimas, y que solicitado en la demanda aquí se acepta, de tal forma que las demandadas no podrán difundir nuevamente la fotocomposición de la actora, y en cuanto a la publicación de la sentencia, lo será del Fallo, y en los términos solicitados por la parte actora.

“Octavo.- Las costas procesales causadas serán impuestas a la parte demandada condenada y respecto de las derivadas de la intervención procesal de la demandada absuelta, serán de cargo de la parte actora y todo ello por aplicación de lo establecido en el art. 394 LEC.”

TERCERO.- La Sección 25.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia de 21 de enero de 2009, en el rollo de apelación número 467/2008, cuyo fallo dice:

“Fallamos.

“1º.- La estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por D. Jerónimo y D. Amador contra la sentencia de 31 de enero de 2008 del JPI núm. 17 de Madrid dictada en procedimiento 672/06 que revocamos en el único particular del apartado 3) de su fallo. En su lugar, se fija la cantidad a abonar a la actora en 48 000 € e intereses de demora procesal desde la indicada sentencia y confirmamos el resto de dicha resolución; sin pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada.

“2º.- La desestimación del recurso de apelación interpuesto por D^a Teresa contra la misma sentencia; con imposición de las costas causadas en esta alzada, a dicha apelante.”

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

“Primero.- D. Amador y D. Jerónimo alegan en su recurso de apelación dos motivos que se refieren directamente al concepto y contenido del derecho al honor y al de la imagen en pugna con los derechos a la información y libertad de expresión, prevaleciendo éstos sobre aquéllos; por otra parte y también en relación con todos estos derechos invocan la doctrina de los actos propios y usos sociales, teniendo como supuesto fáctico central la fotocomposición y textos publicados en las revistas Maxim y QMD, de fechas marzo y 4 del mismo mes, 2006, respectivamente, hechos descritos con detalle en el FJ Segundo de la resolución recurrida y que aquí se dan por reproducidos en evitación de innecesarias repeticiones. Un tercer motivo se dedica finalmente a la impugnación de la cuantía indemnizatoria, de 100.000 € que ha de ajustarse al principio de proporcionalidad. Conviene añadir como en toda la motivación se ofrece abundante cita jurisprudencial sobre todos y cada uno de los conceptos integrantes de las acciones de esta naturaleza y que matizan los elementos de relevancia pública, notoriedad, extensión de tales derechos, privacidad, dignidad personal, el reportaje neutral, los conflictos entre derechos y en suma, sus limitaciones, configurándose un amplio cuerpo doctrinal y jurisprudencial elaborado a lo largo de una ya muy extensa etapa.

“Segundo.- Toda la exposición que en síntesis antecede ha de aplicarse, como en cualquier otra acción, a la circunstancia del caso concreto: aquí, al contenido del reportaje gráfico publicado en las revistas indicadas mediante la inserción del fotomontaje repetido y cuya descripción no se cuestiona. Con todo, sí es conveniente añadir pautas más concretas para la valoración de las imágenes publicadas y la técnica o sistema utilizados, pautas que con especial claridad se contienen en la STS, Sala 1^a, de 7 de marzo de 2006 (núm. 185 de dicho año). Destaca la citada resolución como no cabe sostener que en el género humorístico, jocoso o burlón quede legitimado cualquier contenido al amparo de la libertad de expresión. Aunque los límites de ésta sean amplísimos “por consustancial que sean al género satírico tanto la ridiculización del personaje y el tono jocoso o burlón como la brevedad y rotundidad del mensaje, dicho género no puede quedar por completo al margen de la protección que merezca el honor del personaje objeto de burla o, dicho de otra forma, el acudir a ese género no borra ni elimina los límites que impone la protección del derecho fundamental al honor,

a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Lo decisivo por tanto, no es si lo publicado es o no noticiable ni si tiene o no interés general sino si se vulneró el derecho de la demandante. La misma resolución mencionada analiza un supuesto litigioso sobre un fotomontaje publicado y dice:

“El rostro era el de la demandante sin deformación alguna, es decir, sus facciones, el elemento por el que más identificable es una persona, y el cuerpo semidesnudo era el de otra mujer, por ende tampoco deformado ni ridiculizado sino lejos de ello, conjuntado con el rostro de la demandante de un modo tan perfecto que los dos elementos de la composición parecían pertenecer a una misma persona”. Realmente aquí sucede lo mismo; no puede entenderse (entonces tampoco) que la imagen sea una caricatura y concluía el TS:

““El fotomontaje publicado no es más que una manipulación de la imagen de una persona conocida para excitar la curiosidad malsana de los potenciales lectores de la revista, puesto que se aprovechaba el rostro de aquélla para, en definitiva, ofrecerla públicamente de un modo habitualmente preservado por la demandante a la curiosidad ajena; en suma, de un modo que no está de acuerdo con el uso social (art. 8.2.b, y también art. 2.1, ambos de la LO 1/82).

“De ahí que no esté de más recordar la jurisprudencia de esta Sala que, en materia de protección del derecho fundamental a la propia imagen, se caracteriza por su rigor al considerar ilegítima la publicación in consentida de la imagen de una persona desnuda o semidesnuda incluso cuando se trate de un personaje público y aun cuando si hubiera mediado consentimiento para la mera captación de la imagen, pues el pudor sigue siendo un sentimiento socialmente estimable (SSTS 28-5-02 en recurso núm. 3761/96, 6-5-02 en recurso núm. 3340/96, 25-11-02 en recurso núm. 1253/97, 1-7-04 en recurso núm. 3912/98, 12-7-04 en recurso núm. 1702/00, 7-7-04 en recurso núm. 2903/00 y 25-10-04 en recurso núm. 1114/99”. Llegados a este punto no puede por menos que aplicarse tal doctrina al presente caso. Se trata de una persona conocida por su proyección pública en el ámbito político y aunque se acepte una flexibilización a la hora de valorar la pérdida del anonimato, el fotomontaje origen de la acción ejercitada encaja plenamente en la pauta marcada en la STS comentada y que es aquí aplicable a los dos motivos enunciados.

“Tercero.- En cuanto al tercero (art. 9.2 y 3 LO 1/1982) se impone adecuar la cuantía indemnizatoria a principios de proporcionalidad, comparación y trascendencia partiendo de la base de que en la demanda se solicita una cantidad alzada carente de algún dato objetivable salvo la referencia a datos fluctuantes sobre la tirada de ejemplares (Hecho Quinto). Admitiendo la afección anímica, por ello deben observarse los criterios antes apuntado y así en S. 13 de junio de 2008 esta misma Sección alude a los posibles beneficios que la intromisión haya causado a las demandadas y ante cuya ausencia acude a razones de equidad tratándose de un caso de comentarios en un medio audiovisual. También y en ocasión similar: comentarios con ilustración gráfica, se valoraron la hora y audiencia en la emisión, carga afectiva, proporcionalidad y semejanza de situaciones (S. 12 de junio 2007), oscilando las cuantías indemnizatorias

ente 12000 y 84.000 €. Ahora, el supuesto entraña una publicidad indeseada de una imagen atentatoria contra el derecho protegible de la demandante, estimándose como más ponderada la cantidad de 48.000 € atendida la menor difusión que los medios demandados representan frente a otros de mayor repercusión y audiencia lo que incide en la trascendencia pública de la imagen difundida, procediendo la estimación parcial del recurso en este punto y sin que ello suponga que la demanda se estima parcialmente puesto que el concepto indemnizatorio es apreciado y la determinación del quantum no precisa liquidaciones en función de criterios materiales y así se expuso en la propia demanda el indicar una cantidad con carácter orientativo sin perjuicio de otro criterio de valoración, razón por la cual la minoración de la cantidad no tiene efectos sobre la condena al pago de las costas por parte de los demandados condenados. Finalmente y sobre la publicación del fallo se aducen motivos de opinión subjetiva expresivos de la discrepancia con lo resuelto pero sin relevancia para la revisión de tal pronunciamiento.

“Cuarto.- Por su parte, D^a Teresa recurre el particular de la condena al pago de las costas de los codemandados absueltos. No se trata de un problema de legitimación pasiva por responsabilidad civil solidaria. Si lo es, de acuerdo con la estimación de la acción, la condena será por el fondo de la pretensión pero si se individualizan las responsabilidades precisamente en base a ese sustrato obligacional y se exime de responsabilidad a uno o varios de los demandados surte efectos inmediatos el principio legal del vencimiento objetivo que recoge el art. 394 de la LEC respecto de aquellos frente a quienes se desestima la pretensión. No es, pues, una estimación parcial, es decir, de una parte sustancial de la demanda a modo de declaración fragmentaria del derecho en liza. Aquí se absuelve a unos demandados con la consecuencia de la aplicación del precepto indicado en materia de costas, procediendo la desestimación del recurso.

“Quinto.- Como los únicos intereses aplicables son los de la demora procesal, del art. 576 de la LEC y la estimación del primer recurso es parcial, su aplicación será desde la fecha de la sentencia recurrida que es donde se reconoció el derecho a indemnización sin que ahora se haya efectuado liquidación alguna. Y en materia de costas, de conformidad con el art. 398 de la LEC no procede imposición de las causadas en esta alzada por el recurso de D. Amador y D. Jerónimo; debiéndose imponer a la apelante D^a Teresa las causadas en esta alzada por su recurso.”

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Jerónimo y D. Amador, se formulan los siguientes motivos de casación:

El recurso se articula en cuatro motivos:

El motivo primero se introduce bajo la siguiente fórmula: “Al amparo del número 1 del apartado 2 del artículo 477 de la LEC por infracción del artículo 20 a) y d) de la CE, en relación con la jurisprudencia interpretativa de este precepto constitucional”.

El motivo se funda en síntesis en que se estima por la parte recurrente que se han cometido dos errores por parte de la Audiencia Provincial al dictar su resolución pues no diferencia el derecho fundamental al derecho al honor del derecho fundamental a la propia imagen de la demandante y se examinan conjuntamente como si fueran el mismo derecho. Además trata a las partes demandadas revista Maxim y revista QMD del mismo modo sin distinguir que son dos revistas diferentes que no emiten la publicación cuestionada en el mismo momento debiendo estimarse a su entender la doctrina del reportaje neutral en relación a la revista QMD.

Cita en apoyo las SSTS de 214/2009 de 25 de febrero, 18 de mayo de 2007 y 2 de diciembre de 2003.

El motivo segundo se introduce bajo la siguiente fórmula: “Al amparo del número 1 del apartado 2 del artículo 477 de la LEC por infracción del artículo 8.2 de la LO 1/1982 de 5 de mayo y la doctrina jurisprudencial de aplicación”.

El motivo se funda en síntesis en que se estima por el recurrente la vulneración del artículo 8.2 de la LO 1/1982 que permite el uso de La caricatura en relación a personas de notoriedad de acuerdo con el uso social, y como en el presente caso no se discute el carácter de personaje público de la demandante, resultando el fotomontaje una fotocomposición acorde con los usos sociales en el que se indicó su falsedad y que tenía como única finalidad divertir al lector en un contexto exento de intención difamatoria es por lo que se considera que se ha provocado la vulneración del contenido del precepto citado.

El motivo tercero se introduce bajo la siguiente fórmula: “Al amparo del número 1 del apartado 2 del artículo 477 de la LEC por infracción del contenido del artículo 2.1 de la LO 1/1982 de 5 de mayo y la doctrina jurisprudencial de aplicación”.

El motivo se funda en síntesis en que la demandante no solo ha salido en revistas especializadas en el mundo de la política sino también ha sido objeto de la denominada prensa del corazón y en consecuencia estima que los fotomontajes deben tener la misma consideración que las caricaturas propia de los usos sociales actuales, siendo numerosos los fotomontajes que se han realizado en torno a la Familia Real, El Papa y políticos de todos los partidos.

El motivo cuarto se introduce bajo la siguiente fórmula: “Al amparo del número 1 del apartado 2 del artículo 477 de la LEC por infracción del contenido del artículo 9.3 de la LO 1/1982 de 5 de mayo”.

El motivo se funda en síntesis en que la cantidad otorgada en concepto de indemnización carece a su entender de base alguna formulada sobre meras hipótesis resultando contrario al artículo 9 de la LO 1/1982.

Termina solicitando de la Sala “Que... se sirva tener por formalizado e interpuesto en tiempo y forma el recurso de casación por vulneración de los derechos fundamentales

de libertad de expresión y derecho de información, contra la sentencia, de fecha 21 de enero de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25.^a, de lo Civil, y previa la admisión del recurso a trámite, dictar sentencia, en su día, dando lugar al mismo, casando y anulando la mencionada sentencia de fecha 21 de enero de 2009, dictada por la Sección 25.^a de lo Civil de la Audiencia Provincial de Madrid, y acto continuo, por separado, dictar nueva sentencia ajustada a Derecho, desestimando íntegramente la demanda interpuesta por D^a Teresa, declarando no haber lugar a la misma, pues no hay intromisión ilegítima en su derecho al honor y tampoco hay intromisión ilegítima en su derecho a la imagen, al prevalecer los derechos colectivos de libertad de expresión y derecho de información, con imposición de todas las costas causadas en las dos instancias anteriores a la parte actora”.

SEXTO.- Por auto de 18 de mayo de 2010 se acordó admitir el recurso de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de oposición al recurso de casación presentado por la representación procesal de D^a Teresa se formulan en síntesis, las siguientes alegaciones:

Estima que el recurso no puede prosperar por cuanto no resultan a su entender ciertas las alegaciones del recurrente; existe una perfecta distinción entre las vulneraciones al derecho al honor y a la propia imagen con remisión a lo declarado en primera instancia; se manipula la imagen de la demandante sin su consentimiento y con la única finalidad de ridiculizarla no resultando evidente a simple vista su falsedad, sometiéndola a escarnio público, todo lo cual impide la estimación del recurso formulado.

Termina solicitando de la Sala “Que tenga por presentado este escrito, por evacuado el traslado conferido y por hechas las alegaciones que anteceden y, en su virtud, dicte sentencia en su día por la que se desestime el recurso de casación interpuesto por la parte recurrente, y confirme la resolución recurrida, imponiendo a dicha parte las costas del recurso.”

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso de casación, pues no resultando controvertidos los hechos debe estimarse que el fotomontaje cuestionado no es una caricatura, pues se trata de la manipulación de la imagen de una persona, pero no existe la deformación propia de la caricatura, lo que unido a las características propias del montaje implican un escarnio gratuito que raya el insulto, no resultando conforme a los usos sociales que un personaje público dedicado a la política y sobre la que no se conocen conductas audaces, se la fotografíe en ropa interior y actitud indecente, implicando un daño en su pudor que no es conforme a los usos sociales.

NOVENO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 12 de julio de 2011, en que tuvo lugar.

DÉCIMO.- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

ATC, auto del Tribunal Constitucional.

CDFUE, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007.

CE, Constitución Española.

FJ, fundamento jurídico.

RC, recurso de casación.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LPDH, Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

TC, Tribunal Constitucional.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. Se ejercitó por D^a María Teresa acción de protección de su derecho al honor y a la propia imagen contra Multiediciones Universales S.L., D. Amador y D. Jerónimo en su calidad de Cargo001 y Cargo000 de las revistas QMD y Maxim, al considerar que la publicación del mes de marzo de 2006 de la revista Maxim en su número 23 con el título "Felices sueños" se indicaba: "Teresa, la política al desnudo" y con letras de menor tamaño se recogía: En Maxim, reclamamos que en la cosa pública todo esté a la vista. Luz y taquígrafos señores y a la derecha en un círculo rojo se consigna 100% falso, acompañado de una fotografía consistente en un fotomontaje en la que se une la cabeza de la demandante a un cuerpo de una modelo desconocida cubierto únicamente por una braga ligeramente bajada con las manos enseñando un tatuaje dispuesto en esa zona con las iniciales ZP, acompañado del siguiente texto: "Esta madrileña de Málaga soñaba con ser Cargo002 de Madrid. Lo intentó como candidata del PSOE en 2003, pero no pudo con Anselmo. Quizá el fracaso de Teresa se debió a

aquellos carteles electorales en los que posaba sonriente y en chupa de cuero y que tan poco gustaron a sus asesores de imagen por dar una imagen demasiado cañera. Las mentes pensantes de los socialistas decidieron que era mejor que saliera con chaqueta vaquera. Y perdió, claro. Si nos llegan a preguntar a nosotros hubiéramos apostado por una imagen tan fresca como la que aquí mostramos, pero, claro, no nos preguntaron. Teresa, para otra vez, ya sabes”.

En la revista QMD en su edición del 4 de marzo de 2006 se publicó la misma composición reproduciendo el texto publicado por la revista Maxim. El periódico La Razón distribuyó el 4 de marzo de 2006 una edición especial de la revista QMD incluyendo la citada composición sin indicar que se trata de un fotomontaje.

El 11 de marzo de 2006 en la revista QMD, al conocer el malestar de la demandante por los hechos que fueron objeto de publicación presentó sus disculpas.

Se estimó por la parte demandante que la publicaciones referidas constituyeron una intromisión en su derecho al honor y a la propia imagen y solicitó su declaración, la publicación de la sentencia que recayese con igual tratamiento que la noticia y una indemnización por los daños y perjuicios irrogados cifrada en 100 000 euros.

2. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la pretensión ejercitada y apreció que había tenido lugar una intromisión ilegítima en los derechos fundamentales de la parte demandante, concretamente, en su derecho a la propia imagen y en su derecho al honor, con base en los siguientes argumentos:

a) Debe considerarse que la imagen publicada vulnera el derecho a la propia imagen de la demandante puesto que se ha difundido sin su consentimiento una representación física de su imagen reconocible y si bien el cuerpo que aparece semidesnudo no es el suyo, la unión de ambos al no existir deformación o distorsión posibilita que pueda considerarse que es su figura;

b) Se trata de un personaje público, pero la imagen no es captada en un acto o lugar público y no puede estimarse que tenga la consideración de una caricatura acorde con el uso social, porque en el presente caso ni la cara ni el cuerpo se encuentran deformados o distorsionados de tal forma que por los lectores pudiera considerarse que es una imagen real;

c) El uso social no posibilita que se realicen composiciones falsas de figuras humanas atribuibles a una persona concreta vulnerando uno de los aspectos de la privacidad que las personas reservan quizá en mayor medida a su poder de decisión como es la difusión pública de su desnudez total o parcial encontrándose dentro del ámbito delimitado por el artículo 2 de la LO 1/1982;

d) Del texto que acompañaba a la imagen no puede deducirse sin género de dudas que de forma determinante se llegará a la conclusión por todos los lectores que la imagen no era real;

e) No procede la aplicación de la doctrina del reportaje neutral porque los restantes medios informativos demandados no actúan como simple canal de difusión;

f) Se vulnera el derecho al honor de la demandante, pues la imagen difundida y las condiciones en las que se produce afecta a la honorabilidad de la demandante afectando a su imagen pública;

g) Se estima adecuada a las circunstancias concurrentes la indemnización solicitada al ser grave la intromisión provocada.

3. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en el sentido de aminorar la cantidad otorgada en concepto de indemnización confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia impugnada y en cuanto resulta de interés en relación al recurso de casación interpuesto declaró en síntesis que:

a) El acudir al género jocoso, satírico o burlón no legitima cualquier contenido al amparo de la libertad de expresión y no borra o elimina los límites que impone la protección de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen y en el presente caso ni la cara ni el cuerpo se presentan deformados ni ridiculizados sino que parece que los dos elementos de la composición pertenecen a una misma persona y por tanto la imagen no puede considerarse como una caricatura;

b) El fotomontaje publicado es una manipulación dirigida a excitar la curiosidad malsana de los potenciales lectores de la publicación, es decir, de un modo que no está de acuerdo con el uso social;

c) Se trata de un persona conocida por su proyección pública en el ámbito político y aunque se acepte una flexibilización a la hora de valorar la pérdida del anonimato, el fotomontaje es ilegítimo por ser no consentida la publicación de la imagen semidesnuda de la demandante afectando al pudor que es un sentimiento socialmente estimable;

d) En orden a la cantidad concedida en concepto de indemnización a tenor de las circunstancias concurrentes y que en la demanda se solicita una cantidad a tanto alzado se estima más adecuada la cantidad de 48 000 euros.

4. Contra esta sentencia interpusieron recurso de casación la representación procesal de D. Jerónimo y D. Amador admitido a trámite al amparo del artículo 447.2.1 LEC, por versar el proceso sobre la protección de derechos fundamentales.

SEGUNDO.- Enunciación de los motivos primero, segundo y tercero del recurso de casación:

Interpone recurso de casación la representación procesal de D. Jerónimo y D. Amador.

El motivo primero se introduce bajo la siguiente fórmula: “Al amparo del número 1 del apartado 2 del artículo 477 de la LEC por infracción del artículo 20 a) y d) de la CE, en relación con la jurisprudencia interpretativa de este precepto constitucional”.

El motivo se funda en síntesis en que se estima por la parte recurrente que se han cometido dos errores por parte de la Audiencia Provincial al dictar su resolución, pues no diferencia el derecho fundamental al honor del derecho fundamental a la propia imagen de la demandante y se examinan conjuntamente como si fueran el mismo derecho. Además trata a las partes demandadas revista Maxim y revista QMD del mismo modo sin distinguir que son dos revistas diferentes que no emiten la publicación cuestionada en el mismo momento debiendo estimarse a su entender la doctrina del reportaje neutral en relación a la revista QMD.

Cita en apoyo las SSTS de 214/2009 de 25 de febrero, 18 de mayo de 2007, 2 de diciembre de 2003, 17 de diciembre de 1997, 17 de octubre de 1991 y 24 de abril de 2000.

El motivo segundo se introduce bajo la siguiente fórmula: “Al amparo del número 1 del apartado 2 del artículo 477 de la LEC por infracción del artículo 8.2 de la LO 1/1982 de 5 de mayo y la doctrina jurisprudencial de aplicación”.

El motivo se funda en síntesis en que se estima por el recurrente la vulneración del artículo 8.2 de la LO 1/1982 que permite el uso de la caricatura en relación a personas de notoriedad de acuerdo con el uso social, y como en el presente caso no se discute el carácter de personaje público de la demandante, resultando el fotomontaje una fotocomposición acorde con los usos sociales en el que se indicó su falsedad y que tenía como única finalidad divertir al lector en un contexto exento de intención difamatoria es por lo que se considera que se ha provocado la vulneración del contenido del precepto citado. Cita en apoyo las SSTS de 18 de noviembre de 2008 y 15 de enero de 2009.

El motivo tercero se introduce bajo la siguiente fórmula: “Al amparo del número 1 del apartado 2 del artículo 477 de la LEC por infracción del contenido del artículo 2.1 de la LO 1/1982 de 5 de mayo y la doctrina jurisprudencial de aplicación”.

El motivo se funda en síntesis en que la demandante no solo ha salido en revistas especializadas en el mundo de la política sino también ha sido objeto de la denominada prensa del corazón y en consecuencia estima que los fotomontajes deben tener la misma consideración que las caricaturas propia de los usos sociales actuales, siendo numerosos los fotomontajes que se han realizado en torno a la Familia Real, El Papa y políticos de todos los partidos. Cita en apoyo las SSTS de 16 de junio de 1990, 24 de mayo de 1990, 18 de abril de 1989, 22 de enero de 1997, 15 de noviembre de 1996, 17 de noviembre de 1994 y 16 de julio de 1987.

Dada la conexión de los motivos formulados procede su examen conjunto.

Los motivos deben ser desestimados.

TERCERO.- Colisión de la libertad de expresión con el derecho al honor y derecho a la propia imagen.

A) El artículo 20.1.a) y. d) CE, en relación con el artículo 53.2 CE, reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el artículo 18.1 CE reconoce con igual grado de protección el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo.

El TC (entre otras, en SSTC 231/1988; 99/1994; 117/1994; 81/2001; 139/2001; 156/2001; 83/2002; 14/2003) caracteriza el derecho a la propia imagen como “un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública” y a “impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde”. El derecho a la propia imagen se halla protegido en el artículo 18.1 CE y desarrollado en la LPDH, cuyo artículo 7.5 considera intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2 LPDH. El ámbito propio de protección del derecho a la propia imagen es la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental, muy destacadamente frente a la utilización de la imagen con fines puramente lucrativos a la que alude el artículo 7. 6 de la LO 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

El contenido positivo del derecho a la propia imagen delimita el alcance de la libertad de expresión y del mismo modo este derecho se encuentra a su vez limitado por otros derechos y bienes constitucionales, en particular, por el derecho a la comunicación de información y a las libertades de expresión y creación artística” (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 139/2001, de 18 de junio, FJ 4). La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio y 139/2007, de 4 de junio), porque en tanto esta se refiere a la narración de hechos, la de expresión alude a la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones. Comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar

a aquel contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 49/2001, de 26 de febrero, F. 4; y 204/2001, de 15 de octubre, F. 4), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe "sociedad democrática" (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, § 42, y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España, § 43).

El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información.

La limitación del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por la libertad de expresión o de información, tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (derecho al honor, SSTS de 21 de julio de 2008, RC núm. 3633/2001, 12 de noviembre de 2008, RC núm. 841/2005), (derecho a la intimidad personal y familiar, SSTS 16 de enero de 2009, Pleno, RC núm. 1171/2002, 15 de enero de 2009, RC núm. 773/2003), (derecho a la imagen, STC 99/1994, de 11 de abril, SSTS 17 de febrero de 2009, RC núm. 1541/2004, 6 de julio de 2009, RC núm. 1801/2005). Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.

B) Cuando se trata de la libertad de información y expresión, la técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS 11 de marzo de 2009, RC núm. 1457/2006). Entre ellos debemos lógicamente englobar no solo los juicios de valor de ámbito político o los que se refieran directamente al funcionamiento de las instituciones públicas (STEDH Scharsach et New Verlagsgesellschaft Austria de 13 de noviembre de 2003 § 30) sino también aquellos que tiene por objeto la valoración crítica del modelo social y su evolución. La STS de 17 de mayo de 1990 ha destacado la permisividad social con el género satírico, en su manifestación de humor gráfico, normativamente reflejada en el artículo 8.2 b) de la LPDH y el TC ha reconocido también que el respeto al contenido del derecho y a su dimensión general en cuanto garantía esencial del Estado democrático.

La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la

prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4, 29/2009, de 26 de enero, FJ 4). Este criterio jurisprudencial es hoy admitido expresamente por el artículo 11 CDFUE, el cual, al reconocer los derechos a la libertad de expresión y a recibir y comunicar información, hace una referencia específica al respeto a la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

Cabe el denominado reportaje neutral caracterizado por:

a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4, y 52/1996, de 26 de marzo, FJ 5). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones (STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 4 b)).

b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 5) y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación (STC 6/1996, de 16 de enero), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido.

c) En los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (STC 232/1993, de 12 de julio, FJ 3). Consecuentemente, la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7, y 144/1998, de 30 de junio, FJ 5).

C) La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde esta perspectiva:

i) La ponderación debe tener en cuenta si la información o la crítica tiene relevancia pública o interés general en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales o se trata, simplemente de satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones (SSTEDH 1991/51, Observer y Guardian, 2004/36, Plon, Von Hannover y Alemania, SSTC 115/2000 y 143/1999 y SSTS de 5 de abril de 1994, 7 de diciembre de 1995, 29 de diciembre de 1995, 8 de julio de 2004, 21 de abril de 2005). En suma, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado.

ii) La prevalencia de la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aún cuando la información con el transcurso del tiempo, pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007, 29/2009 de 26 de enero, FJ 5). Cabe el denominado reportaje neutral (STC 76/2002 de 8 de abril), el cual exige que las declaraciones recogidas sean por sí noticia y se ponga en boca de personas determinadas responsables de ellas y que el medio informativo sea mero transmisor de tales declaraciones sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia ni reelaborarlas o provocarlas; en este caso la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración.

iii) La protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre, F. 2; 134/1999, de 15 de julio, F. 3; 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 11/2000, de 17 de enero, F. 7; 110/2000, de 5 de mayo, F. 8; 297/2000, de 11 de diciembre, F. 7; 49/2001, de 26 de febrero, F. 5; 148/2001, de 15 de octubre, F. 4; 127/2004, de 19 de julio; 198/2004, de 15 de noviembre, y 39/2005, de 28 de febrero).

iv) Cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no solo al personaje público, sino también a terceras personas, debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a estas está justificada por razón de su carácter accesorio en relación con el personaje público al que se refiere, la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate y la aceptación por el tercero de su relación con la persona afectada como personaje público.

v) La prevalencia del derecho a la información y expresión sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, por cuanto con carácter general, en los casos de fotografías difundidas públicamente el canon de relevancia que permite la afectación sobre el derecho a la propia imagen ha de ser necesariamente más tenue que el que faculta a una intromisión en los derechos al honor o la intimidad, en la medida en que es también menor la consecuencia lesiva sobre la dignidad que tiene en sí misma la mera reproducción gráfica de la representación externa de una persona (ATC 176/2007, de 1 de marzo, FJ 2).

vi) La ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación está justificada por los usos sociales. Debe valorarse la conducta previa del afectado por la difusión no consentida de la propia imagen como ocurre cuando la propia y previa conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con él.

CUARTO.- Aplicación de la anterior doctrina al caso enjuiciado.

La aplicación de la anterior doctrina al caso examinado conduce a la conclusión de que no puede prevalecer la libertad de expresión y en consecuencia, debe apreciarse la existencia de una vulneración del derecho a la imagen y al honor de la demandante de conformidad al dictamen emitido por el Ministerio Fiscal y se funda en los siguientes razonamientos:

A) En el caso examinado, el fotomontaje y el texto que lo acompañaba publicado en las revistas QMD y Maxim, pone de manifiesto que se ejercita el derecho a la libertad de expresión, se emiten juicios o valoraciones sobre la recurrente.

B) En el terreno abstracto, existiendo una colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor y a la propia imagen, debe considerarse como punto de partida la posición prevalente que, como se ha expresado, ostenta el derecho a la libre información y expresión (en su máxima expresión, por ejercitarse por profesionales de la información en el cauce institucionalizado de los medios de comunicación) y examinar si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, en el terreno del peso relativo de los derechos que entran en colisión, esta prevalencia puede hacerse valer frente al derecho al honor y a la propia imagen de la parte demandante.

C) El examen del peso relativo de ambos derechos en colisión depara las siguientes conclusiones:

i) Un examen de las circunstancias del caso revela que la publicación que constituye el objeto del presente procedimiento es un montaje irónico elaborado a partir de una fotografía de la demandante superpuesta sobre un cuerpo ajeno y no pueden estimarse en este marco las alegaciones de la parte recurrente al afirmar que la composición afecta a un personaje público de gran trascendencia, de la que se desprende una finalidad netamente humorística mediante la manipulación de la imagen calificable como caricatura, pues si bien es cierto que con la generalización de las nuevas tecnologías de tratamiento de la imagen, esta categoría, se plasma cada vez con más frecuencia en la alteración de fotografías originales, para no perder su esencia de creación irónica debe basarse en la reelaboración de la fisonomía del modelo con un contenido inherente de exageración y distorsión de la realidad. El TC en la STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5, en esta materia ha declarado que en ocasiones la manipulación satírica de una fotografía puede obedecer a intenciones que no gozan de relevancia constitucional suficiente para justificar la afectación de los derechos reconocidos en el artículo 18 CE, por venir desvinculadas de los objetivos democráticos, cuando el propósito burlesco se utiliza como instrumento de escarnio y la difusión de imágenes creadas con la específica intención de denigrar o difamar a la persona representada. La ausencia de un interés público constitucionalmente defendible priva de justificación a la intromisión en los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. En el presente caso la difusión de la imagen y los comentarios vertidos junto a la misma, no pueden estimarse como un ejercicio de crítica política o

social a través de la sátira o humor, pues la fotografía construida integra la imagen de la caricaturizada con un semidesnudo de un cuerpo que no le pertenece, acompañado de insinuaciones de doble sentido sobre su desnudez, que carecen de significado directamente político y apelan a la curiosidad del lector por la vista del cuerpo humano desnudo, cosa que en conjunto, aun cuando pueda advertirse que la imagen no es real, implica una manipulación de la imagen del personaje ajena a los usos sociales de respeto a la intimidad.

ii) El requisito de la veracidad no parece en el caso examinado relevante para el resultado de la ponderación que debe efectuarse, puesto que no se ha hecho en el proceso especial hincapié en la falta de concurrencia del requisito de la veracidad, sino en el carácter injustificado de la crítica e injurioso del fotomontaje publicado, si bien es preciso destacar en este punto que el que no le sea exigible el requisito de la veracidad, ya que claramente su finalidad no era informar sino divertir mediante contenidos disparatados, lo cierto es que la Audiencia Provincial en este extremo declara que en las diversas publicaciones no se ha hecho constar claramente de forma tajante y sin género de dudas que se trataba de una fotocomposición o fotomontaje en el que únicamente pertenecía a la demandante el rostro y en el que ni la cara ni el cuerpo aparecen distorsionados o deformados. En consecuencia en este punto, en la ponderación de los derechos en conflicto no permite declarar que prevalece el derecho a la libertad de expresión sobre el derecho al honor y a la propia imagen.

iii) El tratamiento humorístico o sarcástico de los acontecimientos que interesan a la sociedad constituye una forma de comunicación y crítica de los mismos que está ligada al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, como forma de comunicación de ideas u opiniones e incluso a la libertad de información, en la medida en que el tratamiento humorístico puede constituir una forma de transmitir el conocimiento de determinados acontecimientos llamando la atención sobre los aspectos susceptibles de ser destacados mediante la ironía, el sarcasmo o la burla. Sin embargo el artículo 8.2.b) de la LO 1/82 condiciona precisamente la legitimidad del género a su adecuación al uso social y en el presente caso a tenor de las circunstancias concurrentes de la imagen y texto difundido no se vislumbra otro propósito que la ridiculización del personaje afectando a su honorabilidad por su claro contenido ofensivo relacionado con la asociación de su imagen a un semidesnudo sin significado político directo.

iv) La demandante goza de proyección pública y no se ha puesto en cuestión la afectación de derechos de otras personas que hayan sido objeto con carácter accesorio de la información publicada. Este factor resulta, pues indiferente en la ponderación.

v) En el fotomontaje publicado el rostro era el de la demandante sin deformación alguna, es decir era plenamente identificable por sus facciones y el cuerpo semidesnudo era el de otra mujer, que tampoco estaba deformado ni ridiculizado sino que se encontraba perfectamente conjuntado con el rostro de la demandante de un modo tan perfecto que los dos elementos de la composición parecían pertenecer a una misma persona y por tanto la imagen publicada y por lo tanto la fotografía publicada

constituye directamente una alteración de la imagen de la demandante asociándola a un semidesnudo ajeno a los usos sociales mientras que los elementos de la caricatura (signos políticos) tiene un significado secundario.. Los reportajes emitidos en los diferentes medios informativos implican todos ellos una vulneración de su derecho a la propia imagen, que por su contenido y por su modo de exposición en ningún caso puede estar amparados por la denominada doctrina del reportaje neutral al no cumplirse los requisitos señalados y suponen una inmisión totalmente injustificada.

vi) Se trata en consecuencia de una manipulación de la imagen de una persona conocida sin su consentimiento exponiéndola públicamente de un modo que no puede estimarse acorde con el uso social por estar preservado habitualmente a la curiosidad ajena, por lo que no puede prevalecer la libertad de expresión sobre el derecho a la propia imagen de la demandante, pues el grado de afectación del derecho a la imagen es muy elevado frente a la protección del derecho a la libertad de expresión. Por todo lo anteriormente expuesto, esta Sala considera que el juicio de ponderación realizado por parte de la sentencia recurrida se ajusta de manera satisfactoria a las pautas fijadas jurisprudencialmente y por ende, no se aprecia en ella la infracción denunciada en los motivos del recurso de casación.

QUINTO.- Enunciación del motivo cuarto.

El motivo cuarto se introduce bajo la siguiente fórmula: “Al amparo del número 1 del apartado 2 del artículo 477 de la LEC por infracción del contenido del artículo 9.3 de la LO 1/1982 de 5 de mayo”.

El motivo se funda, en síntesis, en que la cantidad otorgada en concepto de indemnización carece de base y está formulada sobre meras hipótesis y por tanto resulta contraria al artículo 9 LPDH.

Este motivo debe ser desestimado.

SEXTO.- Cuantía de la indemnización.

Esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba (SSTS de 19 de octubre de 1990, 18 de julio de 1996, 14 de julio de 2000, 15 de marzo de 2001), solo susceptible de revisión, por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción (SSTS de 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 19 de diciembre de 1991, 25 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, 24 de marzo de 1998, 23 de noviembre de 1999, 5 de diciembre de 2000, 31 de enero de 2001, 25 de enero de 2002, 10 de junio de 2002, 3 de febrero de 2004, 28 de marzo de 2005, 9 de junio de 2005, 21 de abril de 2005, 17 de enero de 2006, 27 de febrero de 2006, 5 de abril de 2006, 9 de junio de 2006, 13 de junio de 2006, 16 de noviembre de 2006) o se comete una infracción del ordenamiento

en la determinación de las bases tomadas para la fijación del quantum (cuantía) (SSTS de 15 de febrero de 1994, 18 de mayo de 1994, 21 de diciembre de 2006).

Esta Sala considera que la fundamentación de este motivo de casación es insuficiente para desvirtuar las apreciaciones de la sentencia recurrida, pues no se aportan datos objetivos o precedentes que, en aplicación de los criterios previstos en la LPDH, sean suficientes para justificar el incumplimiento o la defectuosa aplicación de los criterios establecidos en la LPDH, la notoria desproporción de la indemnización concedida, o su falta de equidad o desigualdad en relación con casos similares, teniendo en cuenta que el grado de afectación del derecho a la imagen es muy elevado frente a la protección del derecho a la libertad de expresión y que la Audiencia Provincial de Madrid para establecer la indemnización tuvo en cuenta que el fotomontaje tuvo una amplia difusión, pues la revista QMD fue distribuida con el periódico La Razón y por tanto la indemnización concedida a la recurrida que asciende a 48 000 € no se puede considerar desproporcionada, excesiva o infundada.

SÉPTIMO.- Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC, en relación con el 398 LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jerónimo y D. Amador, contra la sentencia de 21 de enero de 2009 dictada por la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación núm. 467/2008, cuyo fallo dice:

“Fallamos.

“1º.- La estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por D. Jerónimo y D. Amador contra la sentencia de 31 de enero de 2008 del JPI núm. 17 de Madrid dictada en procedimiento 672/06 que revocamos en el único particular del apartado 3) de su fallo. En su lugar, se fija la cantidad a abonar a la actora en 48 000 € e intereses de demora procesal desde la indicada sentencia y confirmamos el resto de dicha resolución; sin pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada.

“2º.- La desestimación del recurso de apelación interpuesto por Dª Teresa contra la misma sentencia; con imposición de las costas causadas en esta alzada, a dicha apelante”.

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del presente recurso a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.